

Др Магдолна И. Сич, ванредни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Sic@pf.uns.ac.rs

Милан М. Милућин, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Milutin@pf.uns.ac.rs

IUS VENDENDI ЗАЛОЖНОГ ПОВЕРИОЦА И ПИТАЊЕ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ЕВИКЦИЈУ У РИМСКОМ ПРАВУ¹

Сажетак: У овом раду размаћрамо следећа ишћања: развој ирава иродаје (*ius vendendi*) иредмећа залоге од сћране заложног ивериоца у случају иићнуса; ишћање на чему се базира његово овлашћење да као невласник, суиројно иравиу „*peto plus iuris*“, иренесе ираво својине на куица; и са овима иовезано ишћање одговорности за евикцију. Главна тема нашег истрживања јесте: коза иерети одговорности ако иредмећ залоге буде евициран од куица – ивериоца или неиосредно дужника? Ово ишћање је било веома актуелно у сћаром Риму. С обзиром на то да је евиденција неиокрећности и друћих сћвари ирвенсћвено служила обезбеђењу најлаије иореза, да није била ажурна и рећко је била досћуйна ириваћним лицима, чесћо је долазило до залаћања иућих сћвари, о чему сведочи знаћан број иексћова у изворима. Праићећи казуистичка решења класичних иравника заснованих на иринцију *bonae fidei*, у Јусћинијановом ираву сћижемо до одговора на наше ишћање: да дужник неиосредно одговара за евикцију иродаић иредмећа залоге – до решења које је, ио нашем мишћењу, ириваћлииво и у савременом ираву.

Кључне речи: *ignis*; залога; *ius vendendi*; иродаја залоге; евикција.

¹ Овај рад је резултат истраживачког рада на пројекту Правног факултета у Новом Саду: „Правна традиција и нови правни изазови“.

1. УВОД

До времена владавине династије Севера (почетак трећег века нове ере) право на продају предмета залог заложног повериоца било је случајни елемент уговора о залози, а тада постаје његов природни елемент, док је у Јустинијановом праву чак и битни елемент. Изузевши фидуцију, у осталим облицима залог заложни поверилац не стиче својину на предмету залог. Према томе, оствареном продајом продаје туђу ствар, али по правилу преноси и својину на купца. У овом случају се крши основно правило *nemo plus iuris*. Услед тога, једно од спорних питања у романистици јесте како објаснити ову аномалију: шта чини основ преноса својине продате залог на купца? Поред овог, више теоријског питања, поставља се и питање одговорности продавца за правне недостатке ствари: може ли купац предмета залог да захтева заштиту од евикције и против кога да покрене поступак? Ово питање је било веома актуелно у старом Риму, јер је познато да римско право не познаје евиденцију непокретности у интересу приватних лица. Ова евиденција је постојала у јавном интересу, првенствено ради регулисања наплате пореза у провинцијама чије становништво је било оптерећено пореским обавезама већ у касном преткласичном, а посебно у класичном периоду. Она је била почев од времена цара Диоклецијана проширена на целу територију Царства имајући у виду Диоклецијанову политику јединственог опорезивања целокупног становништва. Поред непокретности ова евиденција се односила и на опорезиве покретне ствари.² С обзиром на то да она није била ажурна нити је била увек доступна на увид приватним лицима, залагање туђе ствари је могло да буде чест случај, о чему сведочи и знатан број текстова у изворима о овом питању. Имајући у виду да је у данашње време залога најраспрострањеније средство обезбеђења потраживања, и да су, поред непокретности, чију својину је најлакше контролисати, предмет залог и покретне ствари, ово питање може да буде значајно и за савремено право.

2. ПРОДАЈА ПРЕДМЕТА ЗАЛОГЕ И ПРЕНОС ПРАВА СВОЈИНЕ НА КУПЦА

Док је у најстарије време у случају фидуције закључене са повериоцем поверилац имао право да задржи предмет залог у својини на име неизмиреног дуга, пигнус у почетку као државинска залога није пружао повериоцу никакву сатисфакцију, сем вршења притиска на дужника да испуни своју

² Вид. Магдолна Сич, „Катастри, земљишни регистри и исправе о купопродаји у старом Риму – елементи модерних земљишних књига“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС)* 2/2013 (vol. 47), 279-302.

обавезу. Могућност да продајом залогe наплати своје потраживање јавља се тек крајем периода републике на основу посебног споразума о продаји: *pactum de distrahendo pignore*³ (или *pactum de vendendo*). Гај у II веку нове ере још помиње овај споразум који овлашћује повериоца да прода туђу (дужникову) ствар.

Gaius Inst. 2, 64: „...item creditor pignus ex pactione (alienare potest)“. (...такође поверилац на основу споразума /може да прода/ *pignus*.)

Касније у току класичног периода продаја предмета залогe од стране повериоца била је ваљана и без посебног споразума.⁴ С обзиром на то да је на овај начин постао природни елемент уговора о залози, постојала је и могућност искључења супротним споразумом: *pactum de non distrahendo pignore*.

D. 13, 7, 4: *Ulpianus libro 41 ad Sabinum. „Si convenit de distrahendo pignore sive ab initio sive postea, non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere. Sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen iure utimur, ut liceat distrahere, si modo non convenit, ne liceat. Ubi vero convenit, ne distraheretur, creditor, si distraxerit, furti obligatur, nisi ei ter fuerit denuntiatum ut solvat et cessaverit.“* (Ако је постигнут споразум о продаји залогe одмах на почетку или касније, не само што је продаја ваљана, већ купац заиста стиче и својину ствари. Али и онда када о продаји залогe ништа није договорено, примењујемо исто право, да може да прода, уколико није постигнут споразум о забрани продаје. Али ако је постигнут споразум о томе да се не продаје, поверилац, ако прода, одговара за крађу, уколико дужник није био три пута опоменут да плати, а то није учинио.)

Овај Улпијанов текст потврђује право продаје предмета залогe од стране заложног повериоца на основу самог права, тј. као природни елемент уговора о залози. У последњој реченици наведеног текста се, међутим, констатује и то да ни споразум о забрани продаје залогe није имао ефекта, ако је дужник био три пута опоменут да изврши исплату. Док претходни део текста одговара Улпијановом времену и сматра се класичним, последња реченица је највероватније интерполирана од стране компилатора Јустинијанових Дигеста.⁵ Трострука опомена се среће тек у посткласичном периоду.⁶ По нашем мишљењу ова опомена, као и право државне благајне да прода

³ Renato Perani (Перани), *Pignus distrahere. L'alienazione della cosa pignorata da parte del creditore*, Milano 2013/2014, in https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/230098/301269/phd_unimi_R09253.pdf (11. 11. 2017), 8-9.

⁴ *Ius distrahendi* заложног повериоца потврђује конституција цара Александра Севера С. J. 8, 29, 1 из 222. године.

⁵ R. Perani, 34 и даље.

⁶ Троструку опомену сем Улпијановог текста срећемо у Пауловим Сентенцијама насталим у III-IV веку нове ере. P. S. 2, 5, 1: „...creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denunciare debitori suo debet,...“ (...поверилац који једноставно /без споразума о продаји/ хоће да прода предмет залогe који му је предат, пре продаје треба три пута да опомене свог дужника.)

заплењене ствари дужника на име неплаћеног јавног дуга без могућности супростављања дужника овој продаји, доводи у време Јустинијана до правила да дужник који није спреман да испуни своју обавезу нема право да спречи продају залог. Самим тим право продаје предмета залог у Јустинијановом праву постаје битни елемент уговора о залози.⁷

Мада је на овај начин заштита интереса заложног повериоца на првом месту, Јустинијан такође пружа заштиту и дужнику.⁸

C. J. 8, 33, 3, 1 (530): *Imperator Justinianus. „Sancimus itaque, si quis rem creditori suo pigneraverit, si quidem in pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi, sive in tempore sive in aliis conventionibus ea observari, pro quibus inter creditorem et debitorem conventum est. Sin autem nulla pactio intercesserit, licentia dabitur feneratori ex denuntiatione vel ex sententia iudiciali post biennium, ex quo attestatio missa est vel sententia prolata est, numerandum eam vendere.“* (Стога, одређујемо да уколико неко заложити ствар повериоцу, и било је предвиђено у споразуму на који начин да се прода предмет залог, било у погледу времена или других договора, треба узети у обзир оно што је између повериоца и дужника било уговорено. Међутим, ако није било никаквог споразума, дата је могућност повериоцу да по позиву или доношењу судске пресуде, две године рачунајући од упућивања позива дужнику на исплату или од проглашења пресуде, приступи продаји.)

Према Јустинијану нема сумње да повериоцу припада право на продају предмета залог. О начину и времену реализације ове продаје могућ је споразум са дужником. Уколико, међутим, није било никаквог споразума, поверилац може да реализује своје право протеклом рока од две године од упућеног позива дужнику да плати свој дуг или по доношењу судске пресуде којом је дужник осуђен да плати дуг. Овај подужи рок свакако штити интересе самог дужника.⁹

Док је у случају фидуције поверилац власник и самим тим продајом преноси и својину ствари, у случају пигнуса, без обзира на то да ли је реч о државинској залози (*pignus datum*) или хипотеци (*pignus conventum*), поверилац продаје туђу ствар. Он ипак и у овом случају преноси својину на купца.¹⁰ То

⁷ William Warwick Buckland (Бакланд), *A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1921, 477; John Henry Wigmore (Вигмор) „The Pledge-Idea: A Study in Comparative Legal Ideas“ III, *Harvard Law Review*, Vol. 11, No. 1, 1897, 27-28; R. Perani, 34 -38.

⁸ Наговештава у својим Институцијама (Just. Inst. 2, 8, 1) да је заштита интереса повериоца и дужника регулисана путем његове конституције из 530. (C. J. 8, 33, 3). Вид. Javier Rodriguez Diez (Родригез), *Potestas alienandi, Transfer of ownership by a non-owner from Roman law to the DCFR*, 2016, 56. in https://www.academia.edu/30612716/Potestas_alienandi_Transfer_of_ownership_by_a_non-owner_from_Roman_law_to_the_DCFR (8. 11. 2017).

⁹ О овој конституцији детаљније вид. Магдолна Сич, Милан Милутин, „Прибављање својине на предмету залог од стране заложног повериоца у римском праву (impetratio dominii)“, *Зборник радова ПФНС 2/2016* (vol. 50), 466.

¹⁰ Вид. Alberto Burdese (Бурдесе), *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino 1949, 165-167.

потврђује, на пример, Улпијан у наведеном тексту (D. 13, 7, 4): *non tantum venditio valet, verum incipit emptor dominium rei habere* (не само што је продаја ваљана, већ купац заиста стиче и својину ствари), као и у следећем.

D. 41, 1, 46: *Ulpianus libro 65 ad edictum. „Non est novum, ut qui dominium non habeat, alii dominium praebeat: nam et creditor pignus vendendo causam dominii praestat, quam ipse non habuit.“* (Није ново, да онај ко нема својину, на другом преноси својину: тако и поверилац продајући залогу преноси основ својине, коју сам нема.)

У овом тексту Улпијан је прецизнији, јер наводи да продајом купцу омогућује у суштини само правни основ за стицање својине. Да би купац стекао својину треба да буде извршена и предаја ствари. У том смислу Паул надопуњује Улпијана.

D. 20, 5, 13: *Paulus libro primo decretorum. „Creditor, qui iure suo pignus distrahit, ius suum cedere debet et, si pignus possidet, tradere utique debet possessionem.“* (Поверилац, који продаје залогу на основу свог права, треба да пренесе своје право и ако поседује предмет залогe свакако треба да преда и посед.)¹¹

Ако предаја није извршена купац није стекао својину и према конституцији цара Диоклецијана и Максимијана нема право на својинску тужбу.

C. J. 8, 27 (28), 13 (293): *Imperatores Diocletianus, Maximianus. „Qui praedium obligatum a creditore comparavit, si in vacuum possessionem inductus non est, nullam in rem actionem habet.“* (Онај ко је купио залогом оптерећену земљу од повериоца, уколико није уведен у слободан посед, не може да користи стварноправну тужбу.)

Према томе, уколико је предмет залогe *res nec mancipi* поверилац продајом обезбеђује купцу правни основ за стицање права својине, и ако је ствар у његовом поседу предаје и посед. За пренос својине довољна је традиција. Уколико је предмет залогe *res mancipi*, поверилац у случају фидуције има обавезу да изврши и манципацију или инјурецесију, али та могућност му не припада у случају пигнуса.¹² Према томе предајом би пренео само бонитарну својину.

3. ОСНОВ ПРЕНОСА СВОЈИНЕ ОД СТРАНЕ ПОВЕРИОЦА НА КУПЦА ЗАЛОГЕ

Видели смо да продајом предмета залогe од стране заложног повериоца купац заиста стиче својину ствари (*verum incipit emptor dominium rei habere*). О томе шта чини основ преноса својине заложног повериоца, као невласника, на купца залогe постоји неколико мишљења.

¹¹ Такође, C. J. 8, 27 (28), 15 (294).

¹² A. Burdese, 167-172.

Према Пјетру Де Франчишију (De Francisci) у моменту допелости дужникове обавезе, уколико исплата изостане, може да се сматра да се дужник одрекао предмета залог, што овлашћује повериоца на непосредно располагање стварју.¹³ Мада је његово размишљање логично, ово мишљење није засновано на изворима.

Алфред Маниг (Manigk) иде од тога и даље. Он сматра да чим изостане исплата дуга од стране заложног дужника поверилац стиче аутоматски својину на предмету залог и према томе продаје га као сопственик, као што чини поверилац у случају фидуције.¹⁴ Основна замерка његовој тези јесте чињеница да је у случају пигнуса својина предмета залог могла бити пренета на повериоца само посебним додатним споразумом о *lex commissoria*. Аутоматски пренос својине у овом случају није био могућ.

Паул Кошакер (Koschaker) и Макс Казер (Kaser) су идеју о преласку својине на повериоца кориговали тезом о подељеној својини, својини која је на посебан начин подељена у случају предмета залог, с једне стране у корист дужника залогодавца, а са друге у корист заложног повериоца. Према томе изостанком исплате дуга и према њиховом схватању поверилац би продао залогу као сопственик.¹⁵

Ова мишљења, нису потврђена изворима и у новије време су напуштена.¹⁶ Уместо ових теоријских конструкција по којима је реч о одустајању (напуштању) од својине ствари или о њеном непосредном преносу на повериоца у моменту изостанка исплате дуга, сада се приликом трагања за основом преноса својине полазе од Гајевог текста у његовим Институцијама. Гај после излагања случајева у којима сам власник нема право на продају своје ствари, прелази на супротне случајеве у којима невласник има право на продају туђе ствари.

Gaius Inst. 2, 64: "Ex diverso agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum; item procurator [id est, cui libera administratio permessa] est; item creditor pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit. sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur." (Насупрот томе, агнатски сродник, који је стара лац душевно обо-

¹³ Pietro De Francisci (Де Франчиши), *Il trasferimento della proprietà: storia e critica di una dottrina*, Padova 1924, 256.

¹⁴ A. Manigk (Маниг), s.v. Pignus, in: Pauly-Wissowa, *Real Encyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft*, 20, 1 (1941), према R. Perani, 20.

¹⁵ Paul Koschaker (Кошакер), „Emilio Albertario, Studi di diritto romano II: cose – diritti reali – possesso“, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung (ZSS)* 63 (1943), 439; Max Kaser, „Studien zum römischem Pfandrecht“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 44/1976, 244-247.

¹⁶ A. Burdese, 132; Paolo Frezza (Фреца), *Le garanzie delle obbligazioni. 2. Le garanzie reali*, Padova 1963, 82-84; R. Perani, 20-21 и 104-105.

лелог лица, на основу Закона XII таблица може отуђити; такође прокуратор [тј. коме је дозвољено да слободно управља]; исто и поверилац заложу ствар на основу [посебног] споразума, иако ствар није његова. Али, у овом случају се можда може рећи да је отуђење заложене ствари извршено вољом дужника, јер је својевремено закључио споразум којим је дозволио повериоцу да заложу ствар прода ако новац не буде исплаћен.¹⁷

Према овом тексту, старатељу, агнату умоболника, ово право припада на основу Закона XII таблица, а прокуратору на основу права на управљање имовином другог.¹⁸ Ту убраја и заложног повериоца и наводи да он своје право заснива на споразуму закљученом са дужником (*pactum de vendendo*), да може да прода залогу уколико не исплати свој дуг и истиче да у овом случају основ овлашћења на продају ствари јесте воља дужника (*voluntate debitoris intellegitur pignus alienari*). Ова воља је изражена у споразуму додатом приликом установљавања залогe или касније, али свакако пре реализације продаје.¹⁹

Видели смо да временом додавање овог споразума није потребно, јер право на продају предмета залогe постаје природни елемент уговора о залози. У овом случају се сматра да се *pactum de vendendo* подразумева, да је укључен по самом праву у уговор.²⁰ Према томе, пренос права својине на купца залогe и даље се базира на вољи дужника. Хавијер Родригез (Rodriguez) томе додаје да пренос права својине од стране заложног повериоца није у супротности ни са правилима *ius-a civile*. Наиме, чињеница да је пигнус настао касније од фидуције не значи истовремено и то да је и пренос права својине од стране невласника каснијег порекла. Насупрот томе, изгледа баш да су римски правници у суштини повратили правило *ius-a civile*, да је предаја (*traditio*) од стране другог на основу воље власника правно ваљана. На овај начин су додавањем *pactum de vendendo* уговору о залози омогућили пренос права својине на предмету залогe на купца.²¹ У међувремену, почев од закључења уговора о залози па све до реализације продаје и предаје предмета залогe, дужник остаје и даље власник.²²

Поставља се и питање, да ли на неки начин поверилац приликом продаје поступа као заступник дужника на основу уговора о налогу? Сматрамо да о томе у овом случају не може да се говори из више разлога. Наиме, поверилац приликом продаје предмета залогe поступа не само у своје име (што

¹⁷ У овом случају је делимично коришћен и превод Гајевих Институција професора Обрада Станојевића: Гај, Институције, Београд 2009 (приредио и превео Обрад. Станојевић).

¹⁸ Вид. на пример: D. 6, 1, 41, 1 (Ulp. 17 ed.).

¹⁹ D. 44, 3, 14, 5 (Scaevola, lib. sing. quaest. publ.).

²⁰ Вид. А. Burdese, 134-139; R. Perani, 23 и 143; J. Rodriguez D., 55.

²¹ J. Rodriguez D., 53-73.

²² R. Perani, 46.

је уобичајено у случају налога римског права), него првенствено у свом интересу и за свој рачун (он дужнику треба да врати само евентуални вишак остварене продајне цене); затим, његово овлашћење је само могућност, а не и његова обавеза на продају. По својој одлуци он може и после доспелости дужникове обавезе само да задржи своје право, вршећи и даље психолошки притисак на дужника.²³

4. НЕПОСТОЈАЊЕ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ЕВИКЦИЈУ ЗАЛОЖНОГ ПОВЕРИОЦА У СЛУЧАЈУ ПИГНУСА ПРЕМА ТРЕЋЕМ ЛИЦУ-ПРИБАВИОЦУ (КУПЦУ)

Све дотле док одговорност продавца за евикцију није постала природни елемент уговора о купопродаји,²⁴ ова одговорност се преузимала путем стипулације. Из овог логично следи да поверилац у случају пигнуса као бездржавинске залог, имајући у виду да није био сопственик предмета залог, није одговарао за евикцију, осим, ако ту одговорност посебно није преузео на себе путем стипулације.

Сматра се да је у класичном периоду формулисано и правило: „*creditorum evictionem non debere*“ (поверилац не одговара за евикцију). Према Алберту Бурдезеу (Burdese), то је учињено у време династије Севера, тј. прве половине трећег века нове ере.²⁵ О томе сведочи конституција цара Александра Севера из 223. године нове ере.

C. J. 8, 45 (46) 1: *Imperator Alexander Severus. „Cum iure creditoris propter fisci debita praedium obligatum procurator meus vendidit, evictio non debetur, quia et privatus creditor eodem iure utitur, nisi nominatim hoc repromissum a privato fuerit.“* (Ако је мој заступник по основу права повериоца продао земљу оптерећену залогом због фискалног дуга, не одговара за евикцију, јер се и на приватног повериоца примењује исто право, изузев ако је то било изричито обећано од стране приватног лица.)

У овом тексту реч је о јавноправном случају залог због дуга царској благајни, највероватније због неплаћеног пореза. Службеник који у корист

²³ D. 13, 7, 6 пр.; R. Perani, 150; A. Burdese, 25-27.

²⁴ То је био резултат постепеног процеса примене принципа *bonae fidei*, који може да се прати почев од правника Јулијана (II век нове ере). Наиме, у D. 19, 1, 11, 18 (Ulp. 32 ad ed.) Улпијан се позива на Јулијаново мишљење. Вид. Giovanni Guida (Гвида), *Problematiche vecchie e nuove in tema di responsabilità del venditore*, 156-168. <http://dspace-roma3.caspur.it/bitstream/2307/3735/1/PROBLEMATICHE%20VECCHIE%20E%20NUOVE%20IN%20TEMA%20DI%20RESPONSABILITA%27%20DEL%20VENDITORE.pdf> (31. 10. 2017), Касније 222. године цар Александар Север (C. J. 8, 44, 6) већ сматра неспорним да одговорност продавца за евикцију следи непосредно из уговора о купопродаји.

²⁵ A. Burdese, 173-187.

цара продаје дужникове заплењене ствари не одговара за евикцију. У конституцији се напомиње да разлог не лежи у посебној царској привилегији, већ се и на царску благајну примењује исто правило, као и на повериоца који је приватно лице. Поверилац који је продао залогу због неплаћеног приватног дуга такође не одговара за евикцију, што међутим, у овом случају не искључује могућност да ту одговорност он као приватно лице преузме на себе. Чињеницу да се правило „*creditorum evictionem non debere*“ примењује на сваког заложног повериоца потврђује и Паул.

D. 20, 5, 10: *Paulus libro sexto responsorum. „Etsi is, qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad venditorem non potest, tamen non esse audiendum creditorem qui fundum vendidit, si velit eiusdem rei ex alia causa quaestionem movere.“* (Мада онај ко купује на основу права залогe, не може због евикције ствари да се обрати продавцу, јер поверилац који је продао земљу не може бити тужен, али ако хоће може да покрене поступак поводом исте ствари по другом основу.)

Неки аутори оспоравају класично порекло овог правила позивајући се на текстове у којима стоји посебна клаузула уговора о купопродаји: *pactum de non praestanda evictionem* (споразум о неодговорности за евикцију).²⁶ Наиме, ако је заложни поверилац ослобођен одговорности за евикцију по самом праву, ова клаузула није потребна. Она је потребна само ако би иначе одговарао за евикцију. Ова клаузула се спомиње у неколико текстова из класичног периода. То чини Трифонин у следећем тексту позивајући се на рескрипт (принцепсову конституцију) који је саставио Папинијан.²⁷

D. 20, 5, 12, 1: *Tryphoninus libro octavo disputationum. „Si aliena res pignori data fuerit et creditor eam vendiderit, videamus, an pretium quod percepit creditor liberet debitorem personali actione pecuniae creditae. Quod vere responderetur, si ea lege vendidit, ne evictionis nomine obligaretur, quia ex contractu et qualiquali obligatione a debitore interposita certe ex occasione eius redactum id pretium aequius proficeret debitori, quam creditoris lucro cederet...“* (Ако је у залогу дата туђа ствар и поверилац ју је продао, да видимо, да ли цена коју је поверилац примио ослобађа дужника личне тужбе из новчаног зајма. И заиста, одговор би био, ако је продао по том праву, да се не одговара на име евикције, јер из уговора и било које обавезе јасно је за дужника да је из његовог разлога то унето, цена једнако користи дужнику, као што иде у корист повериоца.)

То значи да поверилац задржава за себе продајом залогe остварену цену и самим тим се сматра да је дужник испатио свој дуг.

²⁶ *Ibid.* 179.

²⁷ Вид. Магдолна Сич, „Куповина предмета залогe од стране заложног повериоца према Папинијанију (*Fragm. Vat. 9*)“, *Зборник радова ПФНС 2/2010* (Vol. 44), 156-157.

Следећи текст је Папинијанов одговор који је дат у његово сопствено име. Такође потврђује да уношењем клаузуле о неодговорности повериоца за евикцију, поверилац има право да задржи остварену цену за себе.

D. 21, 2, 68, пр.: *Papinianus libro 11 responsorum pr. "Cum ea condicione pignus distrahitur, ne quid evictione secuta creditor praestet: quamvis pretium emptor non solverit, sed venditori caverit, evictione secuta nullam emptor exceptionem habebit, quo minus pretium solvat."* (Ако је залога продата под условом да поверилац не одговара за евикцију: и онда ако купац не би платио цену, него би продавцу дао обезбеђење, по наступалој евикцији купац не би имао право ни на какав приговор, да би избегао исплату цене.)

На основу ових текстова изводи се закључак да је у класичном периоду било потребно унети клаузулу о неодговорности за евикцију да би поверилац био ослобођен исте, а да је правило о повериочевој неодговорности за евикцију резултат интерполације Јустинијанових компилатора.

Према Бурдезеу додавање овог пакта не потврђује одговорност повериоца за евикцију у класичном праву како неки аутори сматрају,²⁸ већ је резултат приближавања правила фидуције и пигнуса у току класичног права, с обзиром на то да би без употребе овог пакта у случају фидуције поверилац као власник одговарао за евикцију. Наиме, фидуцијар, имајући у виду да је био квиритски сопственик *res mancipi*, приликом продаје предмета фидуције и на основу извршене манципације одговарао је за евикцију путем *actio auctoritatis* и у класичном периоду (први, други век нове ере), мада у том периоду постоји и одговорност продавца путем стипулације. *Formula Baetica* (састављена између I и II века) указује на праксу избегавања ове одговорности од стране фидуцијара продавца. У томе Бурдезе види утицај правила пигнуса, јер у случају пигнуса поверилац, као невласник, изворно није одговарао за евикцију.²⁹ О томе сведочи Улпијан (трећи век) који се позива на правника Јулијана из другог века нове ере.

D. 19, 1, 11, 16: *Ulpianus libro 32 ad edictum. „Sententiam Iuliani verissimam esse arbitror in pignoribus quoque: nam si iure creditoris vendiderit, deinde haec fuerint evicta, non tenetur nec ad pretium restituendum ex empto actione creditor: hoc enim multis constitutionibus effectum est. Dolum plane venditor praestabit, denique etiam repromittit de dolo: sed et si non repromiserit, sciens tamen sibi non obligatam vel non esse eius qui sibi obligavit vendiderit, tenebitur ex empto, quia dolum eum praestare debere ostendimus.“* (Сматрам да је Јулијаново мишљење у случају пигнуса такође потпуно исправно: јер ако се продаје на основу права повериоца и после тога бива евициран, поверилац није терећен ни за повраћај цене на основу тужбе из купопродаје: то је такође потврђено у многим конституцијама. Међутим, продавац сигурно одговара

²⁸ А. Burdese, 179.

²⁹ *Ibid.*, 58–63.

за *dolus*, посебно ако се на *dolus* обавезао: али и онда ако се на то није обавезао, али је знајући да није у његову корист заложена или не припада ономе ко је њему заложено ипак продао, биће тужен из куповине, јер смо на то указали да треба да одговара за *dolus*.)³⁰

Према Јулијану у другом веку нове ере када се фидуцији додаје клаузула о неодговорности за евикцију, у случају пигнуса ова одговорност не постоји, јер поверилац није власник предмета залог. Међутим, касније, под утицајем примене принципа савесности и поштења одговорност за евикцију постаје природни елемент самог уговора о купопродаји. Ова пракса почиње да утиче и на уговор о купопродаји предмета залог од стране заложног повериоца, невластника, и купац предмета залог у случају евикције тужбом из уговора о купопродаји (*actio empti*) има могућност аналогно обичној купопродаји да захтева од заложног повериоца/продавца накнаду штете. Да би овај избегао одговорност за евикцију, следећи праксу у случају фидуције тада се у уговор уноси клаузула о његовој неодговорности. Временом ни ова клаузула није више потребна јер се изричито установљава правило „*creditorum evictionem non debere*“, изузев у случају повериоцевог *dolus*-а.³¹

Према Бурдезеу, правило „*creditorum evictionem non debere*“, касније, у Улпијаново време, примењено је и на фидуцију.³² Сам фидуцијар је после тога одговорност за евикцију могао да преузме на себе посебном стипулацијом. Мада су Јустинијанови компилатори у Дигестама фидуцију, која је као средство обезбеђења потраживања изашла из употребе у касном класичном праву, заменили термином пигнус (и самим тим је тешко реконструисати правила фидуције), Бурдезе ипак сматра да следећи Улпијанов текст може једнако да се примени и на фидуцију, или, боље речено, изворно се односио на фидуцију.

D. 13, 7, 22, 4: *Ulpianus libro 30 ad edictum*. „*Si creditor, cum venderet pignus, duplam promisit (nam usu hoc evenerat et conventus ob evictionem erat et condemnatus), an haberet regressum pigneraticiae contrariae actionis? Et potest dici esse regressum, si modo sine dolo et culpa sic vendidit et ut pater familias diligens id gessit: si vero nullum emolumentum talis venditio attulit, sed tanti venderet, quanto vendere potuit, etiamsi haec non promisit, regressum non habere.*“ (Ако је поверилац приликом продаје залог обећао двоструку накнаду (јер је то уобичајено и обавезао се за случај евикције и осуђен је), да ли ће имати право на регрес путем тужбе *pigneraticiae contrariae*? Може да се каже да има право на регрес, ако је без зле намере и непажње тако продао како би то учинио пажљив отац породице: ако, међутим, оваква продаја није донела никакав добитак, јер је продао за толико за колико је могао, и онда ако то није обећао, нема право на регрес.)

³⁰ Такође, D. 19, 1, 11, 15.

³¹ A. Burdese, 66.

³² *Ibid.*, 73-74.

Према Бурдезеу, у позном класичном праву, одговорност повериоца за евикцију у случају фидуције ограничена је на изузетне случајеве и заступљено је схватање, посебно од стране Улпијана, да повериоцу тада припада право на накнаду целокупне суме дате купцу због евикције путем *actio fiduciae contraria*.³³

Према следећем тексту за који се сматра да регулише случај пигнуса, поверилац ће такође одговарати за евикцију само ако је преузео на себе гаранцију за евикцију или је био несавестан, тј. било му је познато да дужник није власник предмета залог.

C. J. 8, 45, 2 (240): *Imperator Gordianus. „Si a creditrice iure pignoris fundos pater tuus comparaverit, evictis praediis ita demum petitionem adversus creditricem habere iure potes, si, cum vendiderit, de evictione rei promisit vel etiam dolo malo, cum sciret prudensque esset rem sine vitio non esse, eam patri tuo, cui successisti, venumdedit. Nam sicut genus eiusmodi contractus inscium creditorem vinculo evictionis non adstringit, ita eum, qui fraudem admisit vel decepit, non excusat.“* (Ако је од повериоца који је женско лице твој отац купио земљишта која су била оптерећена правом залог и ова земљишта су била евицирана, имаш право да је тужиш, ако је она приликом продаје обећала због евикције ствари или такође, ако је била несавесна, јер је знала да ствар није без мане и њу је твом оцу, чији си наследник, продала. Јер, мада ова врста уговора не терети за евикцију оног повериоца који није знао за недостатке, такође не ослобађа одговорности оног ко је превару чинио или прећутао.)

Аналогно претходном тексту, ако би поверилац у случају пигнуса преузео на себе гаранцију за евикцију путем стипулације (*stipulatio duplae*), имао би право да тужбом *actio pigneraticiae contraria* тражи регрес од дужника. Међутим, ако је знао за правне недостатке предмета залог, то право му не припада.

Ми такође сматрамо да је пакт о неодговорности заложног повериоца за евикцију додаван уговору о купопродаји под утицајем примене принципа *bona fides* на уговор о купопродаји. Наиме, под утицајем овог принципа у току периода принципата одговорност за евикцију постаје његов природни елемент. То се догодило пре 222. године нове ере, јер је те године од стране цара Александра Севера то потврђено и као правило.

C. J. 8, 44, 6: *Imperator Alexander Severus. „Non dubitatur, etsi specialiter venditor evictionem non promiserit, re evicta ex empto competere actionem.“* (Није спорно, да ако се продавац посебно није обавезао за евикцију, по евикцији ствари припада тужба из купопродаје.)

У пракси је то схватање примењено на сваки уговор о купопродаји, према томе и на случај продаје предмета залог од стране повериоца невластника. Да би овај избегао одговорност за евикцију додат је овај пакт угово-

³³ *Ibid.*, 74.

ру о купопродаји на основу којег је купац плаћао нижу цену, али би изгубио право да се суди због евикције – изузев долозног поступања повериоца.

Ако боље погледамо можемо видети да текстови о уношењу ове клаузуле *pactum de non praestanda evictionem* потичу од Папинијана. Папинијан је био царев службеник почев од 26. септембра 194. до 12. фебруара 202. године нове ере. Почев од 205. до 211. био је префект преторија Септимија Севера, затим је 211. био смењен и погубљен је од стране Каракале 212. године.³⁴ Временски посматрано цар Александар Север 222. године сматра неспорним правило да продавчева одговорност за евикцију потиче из самог уговора о купопродаји као његов природни елемент. Према томе у пракси је то правило већ примењено од раније, што чини оправданим уношење клаузуле о повериочевој неодговорности за евикцију у Папинијаново време. Само годину дана после претходне конституције 223. године (више од десет година после Папинијанове погибије) исти цар потврђује и правило о повериочевој неодговорности за евикцију. После тога неодговорност повериоца следи по самом праву, а то чини додавање овог пакта сувишним. Поставља се стога и питање зашто су задржани ови Папинијанови текстови у Јустинијановим Дигестама? Познато је да је задатак компилатора био да приликом избора текстова класичних правника изоставе супротна и контрадикторна места. Познато је, међутим, и то да у томе нису у потпуности успели. Поред тога, у овом случају је присутан и ауторитет правника Папинијана, као и сама пракса да од „вишка глава не боли“. За сваки случај, боље је унети клаузулу него изоставити је.³⁵

Према томе, сматрамо класичним правило о неодговорности повериоца за евикцију како у случају пигнуса и хипотеке, тако, временом, у Улпијаново време и фидуције. Поверилац је одговарао за евикцију само ако је то посебно обећао или је поступио долозно. Сходно принципу савесности и поштења, у случају да је поверилац преузео на себе одговорност за евикцију и био је савестан имао је право на регрес од дужника, али то право није имао ако је био несавестан.

5. АКО САВЕСТАН ПОВЕРИЛАЦ НЕ ОДГОВАРА ЗА ЕВИКЦИЈУ, КО СНОСИ ОВУ ОДГОВОРНОСТ?

Видели смо да у случају ако заложни поверилац изричито преузме ову одговорност може да захтева од дужника накнаду укупне штете коју би претрпео због евикције предмета залогa. Према томе, било би логично да,

³⁴ Tony Honoré (Оноре), *Emperors and Lawyers*, 2. изд., Oxford 1994, 73-81 и 190.

³⁵ Данас је такође чест случај да се, иако одређене одговорности следе по самом праву, ипак уносе о њима и посебне клаузуле у уговоре.

у случају ако поверилац ову одговорност није обећао посебном стипулацијом, она терети самог дужника (залогодавца). Да ли то текстови потврђују?

У наставку напред наведеног текста, у ком Трифонин разматра рескрипт о клаузули о неодговорности повериоца за евикцију састављен од стране Папинијана у име цара, налазимо одговор и на ово питање.

D. 20, 5, 12, 1: „...*Sed quantum ad creditorem debitor liberatur: quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, vel ad emptorem post evictionem ipsi debitor utili actione tenetur, ne ex aliena iactura sibi lucrum adquirat.*“ (Али дужник се ослобађа само у односу на повериоца: што се тиче власника ствари ако заложена ствар није евицирана, или купца после евикције, према њима дужник одговара на основу *actio utilis*, да не би на туђем губитку прибавио себи корист.)

Према томе, с обзиром на то да поверилац не одговара за евикцију, задржавајући цену, ослобађа дужника обавезе према њему самом. У односу на власника заложене ствари ако није дошло до евикције, или у односу на купца од којег је ствар евицирана, дужник није ослобођен одговорности, већ сам одговара за накнаду штете. Против њега, власник или купац залогe имају тужбу *utilis* (тужбу која је због разлога корисности проширена), али се не наводи о којој тужби је реч.³⁶ Одговор можемо пронаћи у следећим Улпијановим текстовима.

D. 13, 7, 9 *pr.*: *Ulpianus libro 28 ad edictum.* „*Si rem alienam mihi debitor pignori dedit aut malitiose in pignore versatus sit, dicendum est locum habere contrarium iudicium.*“ (Ако ми је дужник дао у залогу туђу ствар или је злонамерно поступио у погледу залогe, треба рећи да има места за примену *actio contraria*.)

Према овом тексту, уколико би поверилац пре реализације продаје предмета залогe сазнао да је дужник дао у залогу туђу ствар или је несавесно поступио приликом закључења уговора о залози, он ће имати право да тужи дужника са *actio pigneraticiae contraria* ради остварења накнаде штете. Према томе повериоцу против дужника припада *actio pigneraticiae contraria*.

Следећи текст појашњава начин проширења примене ове тужбе и на купца евициране залогe. Односи се на случај ако би купац предмета залогe у случају евикције покренуо поступак против продавца, заложног повериоца.

D. 21, 2, 38: *Ulpianus libro secundo disputationum.* „*In creditore qui pignus vendidit tractari potest, an re evicta vel ad hoc teneatur ex empto, ut quam habet adversus debitorem actionem, eam praestet: habet autem contrariam pigneraticiam*

³⁶ Конкретна тужба највероватније није наведена, јер би у случају судског извршења пресуде продајом заплених ствари осуђеног лица (*pignus in causa iudicati captum*), ако би дошло до евикције, с обзиром на то да се продаја не базира на уговору, већ на одлуци органа власти, купац имао право непосредно да покрене поступак путем *actio empti* против осуђеног лица. Вид. D. 21, 2, 74, 1 *Hermogenianus libro secundo iuris epitomarum*.

actionem. Et magis est ut praestet: cui enim non aequum videbitur vel hoc saltem consequi emptorem, quod sine dispendio creditoris futurum est?“ (У случају у ком поверилац продаје залогу може да се размотри, ако је ствар евицирана, да ли да се због тога терети тужбом из купопродаје да пренесе тужбу коју има против дужника на купца: он наима има *actio pigneraticiae contraria*. И боље је мишљење да то сам пренесе: јер се не сматра правичнијим у односу на њега да купац има ту могућност, коју може да користи без тога да чини било какав издатак за повериоца.)

Овај текст се сматра потпуно интерполисаним.³⁷ Према Бурдезеу у класичној интерпретацији односио би се само на случај у ком је поверилац преузео одговорност за евикцију на себе. Ако би дошло до евикције он би могао да се ослободи њених последица преносом тужбе *actio pigneraticiae contraria* на купца. Он такође сматра да је у Јустинијаново време ово правило прихваћено у општем смислу: да ако би дошло до евикције продате ствари поверилац у сваком случају (и онда ако одговорност није преузео) има обавезу да цедира (пренесе на купца) ову тужбу против дужника.

Према томе у Јустинијаново време заузет је став да дужник непосредно одговара за евикцију на тај начин што поверилац преноси своју тужбу *actio pigneraticiae contraria* против дужника на купца. Сматрамо да ово правило није у супротности са неодговорношћу повериоца за евикцију, јер у овом случају одговорност сноси сам дужник. То је у складу и са *bona fides*-ом – одговорност терети оног ко је несавесно поступио.³⁸ С друге стране овим су заступљени и интереси повериоца, јер би он задржао цену уз обавезу враћања вишка цене дужнику и избегао би било какав спор. Његова обавеза се састоји само у томе да пренесе своју тужбу против дужника на купца.

6. ЗАКЉУЧАК

На основу анализе изворних текстова стигли смо до закључка, да је право на продају предмета залог заложног повериоца (*ius vendendi*) постало природни елемент уговора о залози почетком III века нове ере (С. Ј. 8, 29, 1 из 222. године). Независно од тога што заложни поверилац није био власник предмета залог, на основу продаје и извршене предаје пренео би на купца право својине на предмету залог, уколико би заложни дужник био власник. Основ тог преноса који се противи правилу „*nemo plus iuris*“ Римљани су нашли у израженој (*pactum de distrahendo pignore*) или правно претпостављеној

³⁷ А. Burdese, 191, фн. 3

³⁸ Фреца такође сматра да продаја *iure creditoris* изузима *bonae fidei* повериоца од одговорности за евикцију. Уколико дође до евикције дужник одговара или према повериоцу или према купцу залог. Paolo Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni*, Parte terza, Pisa 1958, 302-303.

вољи (укљученој у *ius vendendi*) заложног дужника. Уколико дужник није био власник продате заложене ствари и она би била евицирана од купца залоге, римско класично право је прихватило правило да заложни поверилац не одговара за евикцију („*creditorum evictionem non debere*“). Ово правило је и изричито потврђено конституцијом цара Александра Севера из 223. године нове ере (С. Ј. 8, 45 /46/ 1). Наравно, ово правило се односило само на *bonae fidei* повериоца. Ако би поверилац одговорност за евикцију преузео на себе посебном стипулацијом у случају евикције у класичном праву имао би право да захтева од дужника накнаду укупне штете путем тужбе из уговора о залози (*actio pignoratitia contraria*). У време Јустинијана било је прихваћено као опште правило (без обзира на то да ли је поверилац ову одговорност преузео на себе или не) да ако би дошло до евикције продате заложене ствари, савестан поверилац би задржао плаћену цену и на купца би пренео своју тужбу за накнаду штете из уговора о залози. Пратећи принцип савесности и поштења на овај начин је било недвосмислено да дужник директно одговара за евикцију.

У данашње време када се поред непокретности (чија је евиденција најсигурнија) све чешће јављају и покретне ствари као предмет залоге, ово питање може бити актуелно и код нас. Његову посебну регулативу, међутим, нисмо нашли у нашем праву. Према члану 4. Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар,³⁹ решење овог проблема се налази у томе, да ако залогодавац није био власник заложене ствари залога не постоји. Ово на први поглед изгледа као добро решење. Међутим, ако би се то сазнало после продаје предмета залоге од стране заложног повериоца, с обзиром на то да залога не постоји, он је продао туђу ствар и од њега се она одузима судским путем. На овај начин поверилац не само што губи залогу, већ се излаже и судском поступку због правних недостатака ствари. После овог поступка, наравно, може да захтева накнаду штете од дужника, али је то још један судски поступак, сада са неизвесним исходом. На овај начин повериочеви интереси нису заштићени. Предлажемо због тога да се поред решења одговорности за евикцију продате залоге у римском праву, размотре и она решења која су данас прихваћена у упоредном праву.

³⁹ Чл. 4. Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар (*Службени гласник РС*, бр. 57/2003, 61/2005, 64/2006 – испр. и 99/2011 – др. закони): „Поверилац стиче заложно право уписом у Регистар залоге, осим ако није друкчије одређено законом. Ако је залогодавац заложно ствар на којој нема право својине или ако залога није пуноважна из других разлога, упис у Регистар залоге не производи правно дејство.“

Magdolna I. Sič, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Sic@pf.uns.ac.rs

Milan M. Milutin, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Milutin@pf.uns.ac.rs

***Ius Vendendi* of the Pledgee and the Issue of the Responsibility for Eviction in Roman Law⁴⁰**

Abstract: *In this paper we are discussing the following issues: the development of the right to sell (ius vendendi) the pledge by the pledgee in case of pignus; the question of the basis of the pledgee's right to transfer the ownership onto the buyer as a non-owner, contrary to the 'nemo plus iuris' rule; and related to these, the question of the responsibility for eviction. Our main research question is, who will be responsible for the eviction of the pledged thing from the buyer – the creditor or directly the debtor? This question was very topical in ancient Rome. A significant number of sources evidence that pledging other peoples' things was frequent practice. This was enabled by the fact that land records as well as records of other things served primarily to secure tax collection, they were not accurate and were seldom available to private individuals. Following the casuistic solutions of classical jurists based on the bona fidei principle, we can find an answer to our question in the Justinian law: the debtor is directly responsible for the eviction of the sold pledge – an answer that is, in our opinion, also acceptable in the contemporary law.*

Keywords: *pignus; pledge; ius vendendi; sell of the pledge; eviction.*

Датум пријема рада: 06.12.2017.

⁴⁰ This paper is the result of the research which is a part of the Law Faculty of Novi Sad project "Legal Tradition and New Legal Challenges".